

Alberto Jonathas Maia

FAZENDA PÚBLICA E ARBITRAGEM

do contrato ao processo

2020



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

M217f Maia, Alberto Jonathas.
Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo / Alberto
Jonathas Maia – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

416 p.

Bibliografia.

ISBN 978-85-442-3129-6.

1. Arbitragem. 2. Fazenda Pública. 3. Processo de arbitragem. I. Maia,
Alberto Jonathas. II. Título.

CDD 341.4618

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

| | |
|------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 19 |
|------------------------|-----------|

Capítulo 1

| | |
|--|-----------|
| A FAZENDA PÚBLICA E O MODELO MULTIORTAS | 21 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| 1.1. O Estado, o Poder Público, a Administração Pública e a Fazenda Pública | 21 |
| 1.2. A Fazenda Pública e a defesa dos seus interesses patrimoniais | 27 |
| 1.3. Administração Pública e Arbitragem: tutela arbitral do interesse público | 30 |
| 1.4. O modelo multiortas e a Fazenda Pública | 39 |
| 1.5. Arbitragem, jurisdição e processo..... | 52 |

Capítulo 2

| | |
|------------------------------|-----------|
| ARBITRABILIDADE | 63 |
|------------------------------|-----------|

| | |
|---|----|
| 2.1. A arbitrabilidade subjetiva: capacidade, legitimidade, autorização, apresentação, postulação. A fundamental importância da qualificação dos advogados e procuradores. | 67 |
| 2.2. Arbitrabilidade objetiva: patrimonialidade, disponibilidade e interesse público..... | 80 |
| 2.2.1. Arbitrabilidade envolvendo desapropriações (Lei n. 13.867/19) | 92 |
| 2.3. Aplicação específica perante os tribunais judiciais e arbitrais..... | 96 |
| 2.3.1. Caso das Adutoras do Sertão | 96 |
| 2.3.2. Caso SABESP v. Franca Expansão S.A..... | 97 |
| 2.3.3. Caso TERRACAP | 97 |

| | |
|---|-----|
| 2.3.4. Caso Petrobrás v. ANP..... | 98 |
| 2.3.5. Caso Proteus Power v. CBEE | 100 |
| 2.3.6. Caso Itaquitinga..... | 101 |
| 2.3.7. Caso CCI n. 3493..... | 102 |
| 2.3.8. Caso CCI n. 8035..... | 103 |

Capítulo 3

| | |
|--|------------|
| O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS E DOS ÁRBITROS | 105 |
| 3.1. As Instituições Arbitrais e o destaque da arbitragem institucional .. | 105 |
| 3.1.1. A função de gestão | 112 |
| 3.1.2. A função de regulação | 114 |
| 3.1.3. A função de decisão | 117 |
| 3.1.4. A necessária introdução do compliance na administração de arbitragens. | 119 |
| 3.1.5. A escolha da instituição arbitral | 122 |
| 3.1.5.1. Primeiro cenário: licitação para escolha da instituição arbitral | 124 |
| 3.1.5.2. Segundo cenário: a inexigibilidade de licitação para escolha da instituição arbitral..... | 127 |
| 3.1.5.3. Terceiro cenário: regulamentação da questão e credenciamento da instituição arbitral..... | 129 |
| 3.1.5.4. Caso concreto: a arbitragem ad hoc envolvendo o Estado de São Paulo. | 131 |
| 3.1.6. A responsabilidade da instituição arbitral..... | 133 |
| 3.1.7. Em busca de um ambiente neutro..... | 136 |
| 3.1.8. Cooperação institucional com o Poder Judiciário e a carta arbitral..... | 138 |
| 3.2. A atuação do árbitro | 143 |
| 3.2.1. Esclarecimentos iniciais: adequada interpretação do “juiz de fato e de direito” | 143 |
| 3.2.2. A relação contratual entre as partes e o árbitro | 145 |
| 3.2.3. Jurisdição (e competência) do árbitro | 146 |
| 3.2.4. O árbitro de urgência | 149 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.5. Poderes do árbitro: ordenar, instruir e decidir | 155 |
| 3.2.6. Deveres do árbitro: imparcialidade, impedimento, suspeição, independência e confiança | 157 |

Capítulo 4

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA 163

| | |
|---|-----|
| 4.1. Os negócios jurídicos processuais e a consensualidade | 163 |
| 4.2. Convenção de Arbitragem | 171 |
| 4.2.1. Conceito e tipos de convenção de arbitragem adotadas pelo direito brasileiro..... | 171 |
| 4.2.2. Uma consensualidade de efeitos processuais, a convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico processual..... | 174 |
| 4.2.2.1. Aplicação do art. 7 da LArb – O caso Prefeitura Municipal da Estância Turística de Itú vs. Águas de Itú Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A..... | 182 |
| 4.2.2.2. Aplicação do art. 337, §6º do CPC – O caso Concessionária Move São Paulo S/A vs. Estado de São Paulo | 184 |
| 4.2.3. O momento adequado da pactuação | 186 |
| 4.2.4. A função econômica da convenção de arbitragem | 187 |
| 4.2.5. Compatibilidade entre a cláusula de eleição de foro e convenção de arbitragem no mesmo contrato..... | 205 |
| 4.3. Termo de arbitragem | 207 |

Capítulo 5

ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO..... 217

| | |
|---|-----|
| 5.1. A corrupção no contexto da prática arbitral | 217 |
| 5.2. A prática internacional: o uso da Metodologia Red Flags..... | 220 |
| 5.3. A postura dos árbitros | 221 |
| 5.4. Casos de corrupção analisados por Cortes Arbitrais | 224 |
| 5.4.1. Caso World Duty Free v. Quênia..... | 224 |
| 5.4.2. Caso CCI n. 6497..... | 225 |
| 5.4.3. Caso CCI n.1100..... | 226 |

| | |
|--|-----|
| 5.4.4. Caso CCI n.13914..... | 228 |
| 5.5. Aplicações específicas com base no direito brasileiro | 229 |
| 5.5.1. A verificação pelos árbitros da ocorrência de um tipo penal praticado pelas partes..... | 229 |
| 5.5.2. A corrupção praticada pelo árbitro..... | 234 |
| 5.5.3. A corrupção no momento da pactuação da cláusula compromissória..... | 235 |

Capítulo 6

| | |
|---|------------|
| TUTELAS DE URGÊNCIA | 237 |
| 6.1. Esclarecimentos iniciais..... | 237 |
| 6.2. Tutelas provisórias e a sua inserção no processo arbitral..... | 240 |
| 6.3. O apoio judicial para as medidas de urgência arbitrais e pré-arbitrais..... | 253 |
| 6.4. Os pressupostos para sua concessão e características das tutelas provisórias no procedimento arbitral..... | 256 |
| 6.5. Análise crítica das vedações legais às tutelas provisórias contra a Fazenda Pública..... | 257 |
| 6.5.1. Há motivo para preocupação? O impacto mínimo | 258 |
| 6.5.2. A proibição para entrega de mercadorias do comércio internacional. Proposta de superação | 266 |
| 6.6. A inaplicabilidade do pedido de suspensão de liminar..... | 272 |

Capítulo 7

| | |
|--|------------|
| A FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSO DE ARBITRAGEM..... | 277 |
| 7.1. A regulação do processo arbitral, a autonomia das partes e o papel das instituições arbitrais no desenho do procedimento..... | 278 |
| 7.2. O devido processo legal da arbitragem: processo arbitral se fundamenta na Constituição e não no Código de Processo Civil..... | 286 |
| 7.3. A flexibilidade do procedimento arbitral..... | 288 |
| 7.3.1. Criação..... | 291 |
| 7.3.2. Adaptação..... | 292 |
| 7.3.3. Fracionamento..... | 294 |

| | |
|---|-----|
| 7.3.4. Flexibilização em concreto: o fatiamento do processo no Caso CCI n. 20196 (Petrobras S/A vs. ANP)..... | 295 |
| 7.4. O processo arbitral..... | 296 |
| 7.4.1. Ação e defesa da Fazenda Pública | 296 |
| 7.4.2. Interrupção da prescrição e a “litispendência” | 306 |
| 7.4.3. As medidas antiprocesso, antiarbitragem e as táticas de guerrilha | 309 |
| 7.4.4. As prerrogativas processuais | 312 |
| 7.4.5. A inaplicabilidade de prazo em dobro..... | 315 |
| 7.5. Encerramento do procedimento arbitral | 317 |
| 7.5.1. A Sentença Arbitral..... | 318 |
| 7.5.2. A Sentença Arbitral Parcial..... | 324 |
| 7.5.3. O pedido de esclarecimentos | 328 |
| 7.5.4. Inaplicabilidade da remessa necessária | 331 |
| 7.6. A confidencialidade e a publicidade do procedimento arbitral | 335 |
| 7.6.1. A confidencialidade não é uma regra | 335 |
| 7.6.2. Publicidade vs. confidencialidade | 338 |
| 7.6.3. Aplicação do princípio da publicidade nos regulamentos institucionais | 342 |

Capítulo 8

| | |
|--|------------|
| ENCERRAMENTO DA ARBITRAGEM E A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL | 347 |
| 8.1. A sentença arbitral como o último ato do processo arbitral e como título executivo judicial | 347 |
| 8.2. Execução de sentença arbitral envolvendo a Fazenda Pública..... | 351 |
| 8.3. Homologação de sentença arbitral estrangeira | 360 |
| 8.4. Anulação e controle de sentença arbitral | 367 |
| 8.5. O regime de precatórios e as alternativas para agilização do pagamento | 372 |
| 8.5.1. A execução de bens do Estado no exterior | 375 |
| 8.5.2. A negociação de créditos decorrente de precatórios e o financiamento..... | 377 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 381 |
| PÓS-FÁCIO | 391 |
| BIBLIOGRAFIA | 393 |